

**Revista de
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.55.346.5>

La mitigación del perjuicio en la responsabilidad extracontractual del Estado*

*The Mitigation of Prejudice in
Extracontractual State Liability*

V Í C T O R A N D R É S S A N D O V A L P E Ñ A

Abogado de la Universidad La Gran Colombia. Magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado asesor de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y docente universitario. vicsandovalp1988@gmail.com

* Este artículo es una reformulación del escrito de investigación presentado y sustentado para obtener el título de magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

RESUMEN

En este escrito se estudia la carga que tiene la víctima de mitigar el perjuicio en materia de responsabilidad del Estado. Se pretende establecer si el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, al decidir casos en los que se discute sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, han utilizado la mitigación del perjuicio acorde con su conceptualización y las características que ostenta la figura. En virtud tal propósito, debe ofrecerse un concepto de mitigación del perjuicio, para lo cual, a su vez, debe abordarse sus características más relevantes, su naturaleza jurídica y diferenciación con otras instituciones jurídicas. Con base en lo analizado se adoptará una posición en torno a si la utilización jurisprudencial de la figura en mención ha sido o no adecuada.

PALABRAS CLAVE

Mitigación del perjuicio, hecho exclusivo de la víctima, hecho concurrente de la víctima, reparación, carga, principio jurídico, proporcionalidad.

Abstract

The purpose of this text is to study the burden of the victim to mitigate the prejudice caused by state liability. It is intended to establish if the State Council and the Constitutional Court, whilst deciding cases in which extracontractual state liability is discussed, have used the mitigation of prejudice according to the conceptualization and the characteristics of this figure. The analysis is directed at the cases in which the Courts have made explicit reference to the mitigation of prejudice, and, in some specific cases, without mentioning it, have applied it. Based on this analysis, a position will be adopted on whether the use of this figure by the jurisprudence has been adequate or not.

KEYWORDS

Mitigation of the prejudice, exclusive fact of the victim, concurrent fact of the victim, remediation, burden, legal principle, proportionality.

I. INTRODUCCIÓN

En los diversos escenarios fácticos en los que la responsabilidad patrimonial del Estado tiene aplicabilidad, su declaratoria está precedida de la acreditación de dos elementos: la configuración de un daño antijurídico y su imputación a una autoridad pública. Para controvertir la materialización de estos elementos se puede, en lo que respecta a la imputación, desestimar que el daño le sea atribuible al Estado, sea porque operó un eximente de responsabilidad, o porque, ubicándose en un régimen subjetivo de responsabilidad, no se incurrió en una falla del servicio; y, de otra parte, en lo concerniente al daño, la réplica puede encaminarse a alegar la inexistencia del mismo, a demostrar que el perjuicio acaecido no es de la magnitud que asevera la víctima o, por último, a establecer que, si bien el daño es atribuible al Estado, en todo caso, la víctima tendría que haber mitigado sus efectos.

Por cuenta de la última objeción surge la mitigación del perjuicio como una institución que debe ser considerada a la hora de realizar un juicio de responsabilidad extracontractual del Estado. Preliminarmente, debe señalarse que, de acuerdo con esta figura, la víctima del daño tiene que actuar de tal modo que los efectos nocivos del mismo se reduzcan o no se acrecienten, so pena de que el monto de la reparación se vea disminuido en todo aquello que el afectado pudo mitigar.

En este escrito se pretende realizar un examen crítico en torno a la forma como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, al decidir casos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado, han utilizado la mitigación del perjuicio. Para tal propósito, es preciso, en un primer momento, efectuar un análisis de la mitigación del perjuicio, en el cual, luego de identificar diversas posturas doctrinales —análisis descriptivo—, se tomará posición respecto a cómo debe ser concebida dicha figura —análisis propositivo—. Tal estudio tendrá en cuenta los siguientes aspectos de la institución: (i) su conceptualización y efectos; (ii) las medidas exigibles bajo su aplicación; (iii) su naturaleza jurídica y (iv) su diferencia respecto del hecho exclusivo o concurrente de la víctima.

Posteriormente, se abordarán los casos en los que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han hecho referencia a la mitigación del perjuicio o la han empleado sin mencionarla explícitamente, a fin de hacer un análisis crítico de lo decidido por estos tribunales. Para el efecto, se agruparán las decisiones de la siguiente manera: primero, se analizarán dos decisiones del Consejo de Estado en las que se hizo referencia a la figura, resultando ello inadecuado, en la medida en que en estos casos se configuraba el hecho exclusivo de la víctima. Luego, se considerarán cuatro sentencias en las que se aludió a la mitigación del perjuicio sin que ello fuera acertado, puesto que o bien se debía aplicar la concurrencia de culpas, o bien, aunque era aplicable la institución objeto de atención, la citación de la concurrencia anotada era innecesaria. Con posterioridad se estudiará un fallo en el que, además de haberse mencionado la mitigación del perjuicio, se aplicó acertadamente. Finalmente, se examinará una decisión judicial del Consejo de Estado y otra de la Corte Constitucional en las que se aplicó apropiadamente la figura sin mencionarla.

Lo anterior permitirá afirmar que el Consejo de Estado por lo general no ha utilizado adecuadamente la mitigación del perjuicio al aplicarla en situaciones en las que debió utilizar el hecho exclusivo o concurrente de la víctima. No obstante, en un caso, el alto tribunal de lo contencioso administrativo sí empleó acertadamente la institución haciendo referencia expresa a la misma; a lo que se suma que ha habido situaciones en las que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han aplicado de manera correcta la mitigación del perjuicio, aun sin evocarla en la motivación de la decisión.

II. EL CONCEPTO DE MITIGACIÓN DEL PERJUICIO Y LOS EFECTOS DE SU APLICACIÓN

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, los elementos de la responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y su imputación a este. Es por lo indicado que, al realizar un juicio de responsabilidad extracontractual estatal, una vez verificada la existencia del daño y constatado que este es imputable al demandando, debe determinarse la magnitud de los perjuicios, para así establecer la forma de reparación. Dentro de tal labor es ineluctable revisar el actuar del dañador y, cómo no, del perjudicado. Es que, tradicionalmente, el juicio de responsabilidad se ha centrado en el comportamiento del victimario, relegando el análisis del papel de la víctima a la comprobación de una culpa exclusiva o concurrente de esta, sin que se le asignen verdaderos deberes de diligencia y proactividad en la conducta, a efectos de evitar el daño o mitigar el perjuicio ya causado (Jaramillo, 2013, p. 5).

En esa medida, el comportamiento del afectado debe ser examinado no solamente con ocasión de la producción de la afectación, sino también “en un momento posterior, cuando el perjudicado “agrava” los daños que se habían producido con el hecho lesivo” (San Martín, 2012, pp. 359 - 360). Entonces, siendo el demandado responsable, el damnificado no puede empeorar su situación negativa e, igualmente, está llamado a aminorar los perjuicios que le ocasionen siempre que ello sea factible. Nace, pues, una carga para la víctima: la de mitigar los efectos del daño que le fue ocasionado por otro sujeto.

Jaramillo (2013) expone que la mitigación refiere al deber post-daño por virtud del cual la víctima propende porque los efectos nocivos que le acaecieron “no se propaguen, no se extiendan o se ensanchen, siendo lo deseable frenar su desenvolvimiento (...)” (p.130). Por ende, la actitud de la víctima no solamente se circunscribe a asumir una conducta de abstención en aras de no agravar el daño, sino que además debe hacer todo lo que esté a su alcance para minimizarlo (Jaramillo, 2013, pp. 135-145). De otra parte, Rodríguez Fernández (2008) indica que la aminoración del perjuicio es la obligación radicada en la víctima consistente en adoptar las medidas que sean razonables para mitigar el daño irrogado (pp. 128 -129). Por su lado, Fuentes Guíñez (2005) explica coloquialmente la institución aseverando que la víctima no puede quedarse sentada y omitir hacer algo para

atenuar el perjuicio ocasionado; por el contrario, debe intentar colocarse en la misma situación en la que estaba antes del daño (p. 223).

A partir de lo descrito, se identifican dos caras de la mitigación: (i) actuar de manera tal que el perjuicio se aminore siempre que ello sea razonable y (ii) evitar toda actuación que incremente la pérdida sufrida (Rodríguez Fernández, 2008, p. 133). Con todo, la segunda apreciación no es compartida por Pérez Velázquez (2015), quien enseña que la mitigación del perjuicio difiere del concepto de agravación del daño —*further damage*— bajo el cual la lesión inicialmente producida aumenta como consecuencia del actuar del perjudicado (p. 26).

Así, la aplicación de la figura en examen trae como efectos, en primer lugar, que la víctima no pueda exigir al dañador el resarcimiento del perjuicio que estuvo en capacidad de mitigar (Domínguez Águila 2005, p. 76). En segundo lugar, que el responsable deba reembolsar al perjudicado los costos en los que incurrió para mitigar (San Martín, 2012, pp. 392 y 403), inclusive, si el actuar de este no trae los frutos esperados (Soler Presas, 2009, p. 13). Al respecto se ha advertido que no serían reembolsables los gastos irrazonables, ya que, en dicho caso, realmente la víctima no habría observado la carga mitigatoria (San Martín, 2012, pp. 406 - 408); de esta forma, el reembolso se supedita a que los gastos inútiles *ex ante* luzcan razonables (Fuentes Guíñez, 2005, p. 228). Finalmente, el tercer efecto es que el demandante no puede reclamar la reparación de la pérdida efectivamente evitada (Zurita Martín, 2016, p. 7).

Es de anotar que literalmente mitigar significa “aplacar, disminuir o suavizar algo” (RAE, 2020). Con ello, este término solo podría referirse, en el caso de la responsabilidad patrimonial, a que la víctima *aplaque, disminuya o suavice* los efectos del daño. Bajo este presupuesto, con tal figura no se cobijaría lo relativo a la labor de evitar el aumento del perjuicio, validándose la posición citada arriba, consistente en que esta última es una institución autónoma. No obstante, vale destacar que, bajo la mitigación del perjuicio ampliamente considerada, se puede agrupar tanto la minimización del perjuicio en estricto sentido, como su no aumento. Lo anterior, dado que la reunión de ambas acciones en el concepto de mitigación está justificada en que tienen un objetivo común: limitar la reparación en todo efecto que el damnificado pudo evitar que aumentara y en todo efecto que pudo ser disminuido. De este modo, resulta adecuado omitir la separación conceptual y metodológica de dos acciones que pueden ser agrupadas a partir de una caracterización común.

III. LAS MEDIDAS EXIGIBLES AL APLICAR LA MITIGACIÓN DEL PERJUICIO

La doctrina ha señalado al unísono que la mitigación del perjuicio opera bajo el entendimiento de que la víctima está llamada a adoptar medidas *razonables* para cumplir con el objetivo mitigatorio, lo cual demanda que su despliegue no genere mayores gastos que el valor del perjuicio por aminorar (Rodríguez Fernández, 2008, p. 129). No se puede, entonces, con la excusa de emplear

la mitigación, exigir a la víctima que busque lo imposible; menos se le puede acusar de no utilizar medidas más favorables a los intereses del dañador (Jaramillo, 2013, p. 136), que arriesgue su vida, adopte paliativos superfluos o que acuda a medidas onerosas (Morea, 2015, p. 90); y tampoco se le puede reclamar que tome medidas que afecten a terceros (Fuentes Guíñez, 2005, p. 227). El análisis de razonabilidad, valga decirlo, presupone que la víctima es consciente de la situación dañosa (San Martín, 2012, p. 373), pues, de no serlo, la mitigación sería inexigible.

Es de mencionar que una medida es razonable si se trata de la ejecución de una conducta de la que es predicable la buena fe (Rodríguez Fernández, 2008, p. 134). Lo razonable, de esta manera, depende de las circunstancias del perjudicado y de los factores contextuales en los que se da el daño (Pérez Velázquez, 2015, p. 28); así, la calificación de la conducta está precedida de verificaciones caso a caso (Pizarro Wilson 2013, p. 80). Al respecto, no puede perderse de vista que la razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado que debe ser dotado de significado en cada situación (San Martín, 2012, p. 387).

A su vez, se dice que la actitud de la víctima frente al perjuicio mitigable ha de caracterizarse como acorde con el actuar de un buen padre de familia, sin perjuicio de que dicho criterio también deba ser concretado, so pena de ser insuficiente (San Martín, 2012, pp. 376 - 384). Armónicamente, se ha expresado que la actuación de la víctima debe ser oportuna y rápida, sometándose su apreciación a la situación particular (Pizarro Wilson, 2013, pp. 79 - 80). Asimismo, que para efectos de evaluar la razonabilidad de una medida es preciso comparar el accionar de una persona diligente en una situación similar con la forma de actuar del perjudicado (Pérez Velázquez, 2015, p. 29).

No cabe duda en cuanto a que, en sintonía con lo expuesto, la mitigación del perjuicio trae de suyo que las medidas esperables de la víctima sean aquellas que se consideren razonables. Es claro, igualmente, que la razonabilidad, además de analizarse caso a caso, demanda determinar el grado de diligencia impreso. Sin embargo, se tiene por insuficiente la idea relativa a que dicha diligencia deba medirse comparando la actuación del perjudicado con la de una persona abstractamente apreciada como diligente —un buen padre de familia o un buen hombre de negocios—, puesto que tal fórmula no explica cuál es en definitiva el actuar de alguien diligente. Se hace circular el postulado: para saber si la víctima fue diligente, el parámetro es que su proceder coincida con el de un buen hombre de negocios o padre de familia, pero aún no se sabe cómo actúan esos personajes ficticios.

Además, se advierte en la doctrina una falta de concretización del concepto de razonabilidad que pueda ser aplicado en casos específicos. No obstante, es de reconocer que Rodríguez Fernández (2008) expone diversos parámetros bajo los cuales puede entenderse que una medida es razonable con miras a mitigar el perjuicio: (i) la evaluación, en materia de responsabilidad contractual, de la experiencia del obligado a mitigar; (ii) los recursos financieros con los que este cuenta; (iii) la imposibilidad de exigir medidas más costosas que el perjuicio infringido; y (iv) el no sometimiento a riesgos a los que antes no estaba expuesta la víctima (p. 135).

En todo caso, con el propósito de alejar a la razonabilidad de su carácter indeterminado, se propone acudir al test de proporcionalidad cuando haya lugar a emprender la tarea de evaluar las medidas adoptadas, o que pudieron adoptarse, por parte del afectado. De esta manera, el análisis de razonabilidad, respecto de los parámetros que deben guiar la conducta de la víctima para mitigar el perjuicio, debe fundamentarse en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (Bernal Pulido, 2008, p. 67).

En concreto, al ser evaluada la razonabilidad de las medidas por medio del test de proporcionalidad, se tiene que este sirve para establecer si una medida que acoja u omita la víctima en aras de mitigar el perjuicio se torna *idónea*, esto es, efectivamente útil para lograr la mitigación del perjuicio; *necesaria*, pues no existen otras medidas menos invasivas de los derechos e intereses del perjudicado tendentes a mitigar el perjuicio; y *proporcionada stricto sensu*, en razón de que al ponderar los derechos de la víctima, en especial el de reparación, con la mitigación, se obtiene que debe prevalecer, para la circunstancia específica, esta última, sin anular la operatividad de los otros.

IV. LA MITIGACIÓN DEL PERJUICIO COMO CARGA Y PRINCIPIO

Diversas calificaciones se le han otorgado a la mitigación del perjuicio. Esta ha sido catalogada como un deber, como una obligación y como una carga (Jaramillo 2013, pp. 99 - 100); a esto se sumaría la idea de encuadrarla como un principio jurídico. En este punto cabe recordar que la obligación ha sido tradicionalmente definida como el ligamen habido entre un acreedor y un deudor, de acuerdo con el cual, aquel espera de este un determinado comportamiento, denominado prestación, que, en caso de no observarse, genera como consecuencia que el acreedor pueda constreñir su ejecución o generar su equivalente dinerario, con la correspondiente reparación de los perjuicios provenientes de la desatención (Hinestrosa, 2007). En esa medida, si se entiende que la mitigación del perjuicio es una obligación, lo cierto es que esta surge como un nexo entre la víctima y el demandado, en virtud del cual aquella debe desplegar un comportamiento a favor de este, pues de no ser así, el dañador puede reclamar su cumplimiento. Benítez Caorsi (2008), de otro lado, clasifica la mitigación del perjuicio como una obligación por ser su calificativo tradicional, pero asumiendo que quizá no es el más adecuado (p. 10).

Ahora, entendido el deber jurídico como la necesidad de una determinada actuación impuesta por la ley, un pacto o decisión unilateral, cuyo objetivo es beneficiar a otra persona (Cabanellas de Torres, 2008, p. 109), ha de subrayarse que los autores que califican a la mitigación del perjuicio como tal enseñan que esta reporta un beneficio para el dañador consistente en no reparar el perjuicio que pudo ser mitigado. Así, la mitigación del perjuicio es: (i) exigible a toda la comunidad; (ii) secundaria, pues recae en el acreedor-víctima; y (iii) conductual de medio, que no de resultado (Morea, 2015, pp. 144 - 146).

Por su parte, la carga desde una perspectiva jurídica es analizada como una contravención a la norma que impone una conducta, la cual en todo caso no es un acto ilícito que atente contra el interés de otro, pues simplemente acarrea consecuencias para quien no la observa (San Martín, 2012, pp. 70 - 71). De ahí que quienes encuadran la mitigación del perjuicio en tal concepto explican que al ser esta una conducta, no puede ser exigida coactivamente y su inobservancia no genera responsabilidad (Gamboa Mahecha, 2014, p.8). De esta forma, bajo su operabilidad simplemente se reduce la cantidad de la reparación a la que la víctima tiene derecho (Zurita Martín, 2016, p. 5).

Finalmente, al concluirse que un principio jurídico es un mandato de optimización que ordena “que algo sea realizado en la mayor medida posible” (Alexy, 2013, p. 162), de modo que su aplicabilidad es “una cuestión de mayor o menor adhesión a su contenido” (Sandoval, 2015, p. 12), lo cierto es que la mitigación del perjuicio “impone en el incumplido o perjudicado el deber de tomar las medidas razonables para mitigar el daño resultante del incumplimiento” (López Santa María, 2007, p. 353).

Visto este panorama, es de anotar que, en lo que hace relación con su naturaleza, la mitigación del perjuicio debe ser tratada como un principio, por cuanto de este son predicables las características que la doctrina ha delineado para dicha tipología normativa. Sobre el particular, en primer lugar, cabe señalar que los principios, además de caracterizarse por ser normas con un alto grado de indeterminación y por ser normas fundamentales (Guastini, 2017, pp. 183 - 190), en ocasiones no encuentran una consagración normativa concreta, pero pueden ser extraídos de diferentes normas jurídicas. Al respecto, Guastini (2017) explica que, de manera general, “de una o más reglas se desprende —o, mejor dicho, se construye— un principio implícito mediante una conjetura en torno a la ratio, a la razón de ser, a la finalidad, de la regla o las reglas en cuestión” (p. 197). Ello sucede con la figura en estudio. En efecto, la mitigación del perjuicio se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico ya que, si bien no está consagrada específicamente en una disposición positiva, sí puede ser dilucidada a partir de lo descrito en varios textos normativos.

Así pues, la mitigación halla sustento jurídico en el principio de buena fe (Jaramillo, 2013, pp. 160 - 166), aplicable a toda situación jurídica en los términos del artículo 83 de la Constitución colombiana, según el cual, “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Esto es así porque la inobservancia de la mitigación por parte de la víctima, emparejada con la pretensión de reparación, incluyendo lo no mitigado, luce como una conducta alejada de toda honestidad y lealtad.

Además, la mencionada figura encuentra sustento en la prohibición de abuso del derecho, consagrada en el numeral 1º del artículo 95 de la Constitución de Colombia (Jaramillo, 2013, p. 112), en virtud del cual es deber de toda persona “[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. Ello en razón de que, aunque no se discute que la víctima ostenta el derecho a ser repa-

rada integralmente, la no mitigación del perjuicio concatenada con la pretensión indemnizatoria implica el desbordamiento de la prerrogativa de reparación.

A su vez, en criterio de San Martín (2012), la mitigación del perjuicio se encuentra fundamentada en el principio de autorresponsabilidad (pp. 320 - 327), el cual trae consigo que la víctima mitigue el perjuicio para así consolidar el derecho a la reparación de todo efecto exento de la misma. De hecho, en consonancia con lo expresado previamente, San Martín (2012) sostiene que el hecho de que la autorresponsabilidad fundamente la mitigación del perjuicio supone la constatación de que esta institución es una carga, pues su inobservancia trae de suyo que sea el damnificado quien tenga que soportar las consecuencias de ello (p. 326).

Con todo, en el ordenamiento jurídico colombiano no se identifica una disposición normativa que directa y expresamente desarrolle la mitigación del perjuicio en materia de responsabilidad extracontractual. Aun cuando Jaramillo (2013) enuncia diversos referentes normativos de la figura —artículo 1074 del Código de Comercio, artículos 1616, 2356 y 2357 del Código Civil y artículo el artículo 77 de la Ley 518 de 1999— (pp. 222 - 227), a decir verdad, por una parte, varias de esas disposiciones tienen aplicación en ámbitos diferentes de la responsabilidad aquiliana —derecho de seguros o responsabilidad contractual— y, por otra parte, las que sí atañen a la responsabilidad extracontractual desarrollan instituciones disímiles a la mitigación del perjuicio. El artículo 2356 del Código Civil, por ejemplo, alude a la responsabilidad por actividades peligrosas; y, de otro lado, si bien el artículo 2357 del mismo Código puede ser tenido, *prima facie*, como un referente normativo directo de la mitigación al señalar que “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”, la verdad es que el precepto civil en cita es desarrollo directo de la institución de la concurrencia de culpas.

En segundo lugar, es recordar que la doctrina ha expresado que los principios orientan las decisiones interpretativas del juez (Guastini, 2010, p. 235), lo cual sucede con la mitigación del perjuicio si se tiene en cuenta que el operador judicial puede emplearla para optar por una determinada hermenéutica en un caso en el que se busque establecer el monto de la reparación a cargo del responsable.

En tercer lugar, la figura en estudio demanda que su contenido sea observado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Esto trae de suyo que, como se explicó previamente al evocar el test de proporcionalidad como un instrumento de verificación de la conducta de la víctima de cara a la tarea mitigatoria, al enfrentarse con otros principios, en ocasiones la mitigación del perjuicio pueda ser utilizada prescindiendo de aquellos; y que, en otras oportunidades, la mitigación del perjuicio ceda por enfrentarse con un principio de mayor importancia. Lo descrito es importante porque permite desentrañar los límites en la aplicación de la mitigación del perjuicio cuando esta se enfrenta con un principio ante el que tenga que ceder. Es de resaltar que la pugna entre principios, la más de las veces, surge frente a los derechos de la

víctima, en especial en relación con su derecho de reparación. No puede desconocerse que la aplicación de la mitigación implica una tensión con la expectativa de la víctima de ser reparada, más si se considera que, como lo subraya Domínguez Águila (2005), tradicionalmente se ha entendido que el principio de reparación integral se ve socavado por la mitigación del perjuicio (p. 82).

Por último, es de señalar que se coincide con la doctrina mayoritaria citada previamente en cuanto a que la mitigación del perjuicio ha de ser calificada como una carga, debido a que esta no es exigible coactivamente del afectado, pero de no observarse, se produce la consecuencia según la cual no hay lugar a la reparación de aquello que pudo mitigarse. Bajo la lógica de acción-efecto, es apenas razonable que el afectado asuma las consecuencias que derivan de la inobservancia de la carga objeto de estudio. Esto significa que la mitigación del perjuicio no puede demandarse coercitivamente, pues con ello nacería un derecho en favor del dañador, y tal parecer reboza toda idea de justicia, ya que no se vislumbra como proporcional que quien afecta a otro además tenga derecho a exigir que el lesionado adopte medidas para repeler los efectos del daño.

V. LA MITIGACIÓN DEL PERJUICIO ES UNA FIGURA DIFERENTE AL HECHO EXCLUSIVO O CONCURRENTES DE LA VÍCTIMA

Otro debate asiduo en el escenario jurídico es el que tiene como propósito preguntarse si la mitigación del perjuicio es sinónima de la culpa o hecho de la víctima —concurrente o exclusivo— o, por el contrario, es una institución distinta. Debe recordarse que la imputación como elemento de la responsabilidad del Estado puede ser desvirtuada por vía de la acreditación de una ausencia de falla del servicio en responsabilidad subjetiva, y la demostración de una causal de exoneración de la responsabilidad, tratándose de responsabilidad subjetiva u objetiva (Patiño, 2011, p. 376). Las causales de exoneración son la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima, definida esta última también como el hecho exclusivo de la víctima, expresión a la que se acude en este escrito teniendo en cuenta que, como lo advierte Santofimio (2013), el Consejo de Estado colombiano ha matizado el carácter culposo de la acción (p. 188).

Con el hecho exclusivo de la víctima se rompe el vínculo de imputación del daño con el demandado, en la medida en que solo al actuar del afectado es atribuible la lesión. En otras palabras, este eximente se materializa en caso de que al perjudicado le sea imputable su propio daño. Es de resaltar que, para que el hecho de la víctima exonere completamente al demandado, es necesario que la producción del daño le sea imprevisible, irresistible y que con su actuar no haya contribuido a la misma (Patiño, 2011, p. 392). Empero, si el demandado y la víctima contribuyen a la materialización de la afectación, se habla del hecho concurrente de la víctima, el cual conlleva la repartición de la responsabilidad entre estos (Arenas Mendoza, 2013, p. 248).

Ahora bien, quienes defienden que el hecho de la víctima es sinónimo de mitigación del perjuicio señalan que, a decir verdad, esta aparece o se subsume en el concepto de aquella, de modo que en uno y otro caso lo que sucede es que la conducta de la víctima es determinante en la materialización del daño, con lo que la reparación debe ser disminuida o negada. Además, en opinión de Morea (2015), una porción de la doctrina finca la mitigación del perjuicio en el hecho exclusivo de la víctima, dado que la mitigación implica la exclusión de la reparación de aquellos daños que son consecuencia de la actuación de esta (pp. 122-124) —vale aclarar que, como se verá más adelante, esta posición no es compartida por el autor en cita—. A su vez, Mosset Iturraspe (2004) expresa que el hecho concurrente de la víctima y la mitigación del perjuicio hacen alusión a lo mismo, ya que hay

culpa concurrente cuando el perjuicio sufrido por la víctima reconozca como causa fuente, además de la conducta del victimario, su propio quehacer; pero también se da dicha concurrencia cuando la víctima [omite] realizar los actos encaminados a evitar o a disminuir el daño. (p. 146)

En oposición, los que defienden la idea de que la mitigación del perjuicio es una institución diferenciable del hecho de la víctima —incluso concurrente—, sostienen que mientras que aquella encuentra espacio luego de que el daño acaece y le es atribuible —aunque sea parcialmente— a un sujeto diferente del mismo afectado, el hecho de la víctima germina antes de que se produzca el daño y se concibe como un eximente de responsabilidad, con lo cual, si el daño es imputable exclusivamente al demandado, se sigue que el eximente no es aplicable (Morea, 2015, p. 221). En otras palabras, la mitigación tiene cabida cuando ya se ha imputado el daño al demandado, en tanto que el hecho de la víctima rompe esa imputación, de forma que o se limita o se desvirtúa la responsabilidad (Morea, 2015, pp. 221 - 222).

En ese sentido, se advierten como diferencias las siguientes: (i) como eximente de responsabilidad, el hecho de la víctima acarrea la interrupción del nexo causal, empero, la mitigación parte de la base de que, causalmente, sí hay relación entre el daño y la conducta del dañador, que solo admite una interrupción parcial, que no total, cuando no se observa el deber de mitigar el perjuicio; (ii) temporalmente, el hecho de la víctima surge en el momento anterior o simultáneo a la producción del daño, entretanto que la minimización del perjuicio se abre paso con posterioridad al hecho dañoso; y (iii) en lo que respecta a la conducta de la víctima, el hecho exclusivo refiere al hecho dañoso como tal, mientras que la minimización está atada a las consecuencias derivadas del hecho dañoso (Morea, 2015, p. 224). Armónicamente, Benítez Caorsi (2008) indica que más allá de las posibles semejanzas entre el hecho de la víctima y la mitigación del perjuicio, el primero “es entendido como la causa o una de las causas del daño inicial y por lo general anterior o concomitante con la producción del daño original” y, por su parte, la segunda “nunca es fuente del perjuicio y no surge sino después de la sobrevinencia [sic] del daño original, a lo que se agrega, que su función únicamente consiste en limitar la indemnización y no su exclusión” (p. 11).

A la par, es de anotar que el hecho de la víctima puede tener relación con el concepto de evitación del daño, el cual difiere de la mitigación, pues cada uno de estos describe deberes autónomos: el primero “tiene como norte evitar el daño, efectivamente, y el otro el de su mitigación” (Jaramillo, 2013, p. 97). Lo anterior es claro al verificarse que la *evitación* tiene como raíz el propósito de impedir la gestación del daño *ex ante*, mientras que la mitigación se sitúa en el momento *post-daño*, con el objetivo de propender porque los efectos de este no se extiendan (Jaramillo, 2013, pp. 130 - 131).

Con todo, vale destacar que para San Martín (2012) el desconocimiento del deber de evitación y mitigación del daño trae consigo la culpa de la víctima dado que esta hace alusión a “cualquier actitud reprochable del perjudicado, en el sentido que no se comporta conforme lo haría un hombre diligente” (p. 360). Asimismo, en criterio de Morea (2015), es innegable que las dos instituciones coinciden en que (i) hay una intervención de la víctima; (ii) se genera un aporte causal de su parte “en la producción del daño final” y (iii) en que la consecuencia de la aplicación de una y otra institución deviene en “una disminución o supresión de la indemnización a la víctima” (p. 220).

Frente a la diferenciación entre la concurrencia de culpas y la mitigación del perjuicio, Fuentes Guiñez (2005) asume la idea de que la concurrencia opera en razón de que el actuar del dañador no fue el único que causó el daño, puesto que a este también confluyó el de la víctima, a diferencia de la mitigación, que “solamente entra en juego cuando ya no puede atribuirse el daño a un nuevo evento causal introducido por el acreedor [perjudicado], por otro sujeto o por un hecho de la naturaleza” (p. 225). No obstante, San Martín (2012) enseña que los efectos de la aplicación la mitigación del perjuicio y la concurrencia de culpas son los mismos, ya que, en uno y otro caso, “se adosa al perjudicado aquel daño que, verosíblemente, sea producto de su contribución” (p. 372).

Pues bien, aceptar la postura en la que el hecho exclusivo o concurrente de la víctima es equivalente a la mitigación del perjuicio, partiendo de la base según la cual bajo las dos instituciones el actuar del afectado lleva a que se exima de responsabilidad total o parcialmente al dañador —lo que se traduce en la disminución o no reconocimiento de la reparación—, apareja que no tenga sentido estudiar la mitigación como una figura independiente. Si se diseña y desarrolla un concepto, es deseable que esto suceda respecto de fenómenos no cubiertos por otro; de no ser así, se satura innecesariamente la dogmática jurídica.

Así, en este escrito se defiende la idea de que la mitigación del perjuicio es una institución diferenciable del hecho de la víctima en lo conceptual, en su ubicación metodológica dentro del juicio de imputación y en sus consecuencias. A fin de sustentar esa tesis es de resaltar que hay una clara diferenciación entre el momento de producción del daño y el posterior a su acaecimiento. Una vez constatado el daño, el estudio relativo a la producción de este se desarrolla con miras a determinar a quién le es atribuible el mismo, si al demandado, la víctima, un tercero o un hecho de la naturaleza, y el título jurídico de imputación desde el cual podría responder el demandado. En un siguiente instante, suponiendo que el daño es imputable al demandado, se debe estimar el

perjuicio causado como efecto de ese daño, es decir, las consecuencias lesivas de orden patrimonial o extrapatrimonial que deben ser objeto de reparación, al tener origen en la afectación que le sobrevino a la víctima.

En el primero, puede operar la figura del hecho de la víctima con el objetivo de establecer si el daño es imputable a esta, sea de manera exclusiva o concurrente con el demandado. Se trata, en consecuencia, de un eximente de responsabilidad en cuya virtud el demandado se exonera de la reparación por no serle imputable total o parcialmente el daño sufrido por el afectado. En el segundo momento, el de la cuantificación de la reparación, es donde se busca determinar si la víctima dirigió su actuación a mitigar el perjuicio. Sobre este asunto, San Martín (2012) enseña que quienes defienden la diferenciación entre hecho de la víctima y mitigación del perjuicio explican que esta última encuentra espacio de aplicación al momento de definir el monto de la reparación, pero no cuando se determina el nexo entre el hecho y el daño (pp. 295-296). De hecho, nótese que, como ya fue advertido por la doctrina citada, cuando el análisis recae sobre el segundo momento se tiene por descontado que el daño es imputable al demandado. Reitérese, pues, que la labor posterior se proyecta a cuantificar el perjuicio y su forma de reparación, instante en el cual la mitigación del perjudicado tiene cabida, pero no como un eximente de responsabilidad, ya que esta se presupone materializada.

En aras de sumar argumentos, debe tenerse como premisa que, tal y como lo sostiene un sector de la doctrina, el daño y el perjuicio son figuras diferentes por cuanto mientras que el daño es la afectación en sí misma de la integridad de una persona, el perjuicio está constituido por las consecuencias del daño acaecidas a la víctima (Henaó, 2007, pp. 76-79). Por consiguiente, lo que resulta imputable al responsable es el daño, de tal suerte que este debe reparar los perjuicios, dado que los efectos de la lesión se materializan como consecuencias negativas en la esfera patrimonial y extrapatrimonial del afectado (Koteich Khatib, 2010, p. 166). De ahí que el hecho de la víctima aplique cuando se busca determinar si el daño es atribuible al demandado, en tanto que la mitigación es empleable frente al perjuicio, pues esta auxilia la fijación del monto de la reparación. Por tal razón, aunque la mayoría de la doctrina bautiza a la figura en estudio como mitigación del daño, en este escrito se prefiere el término de mitigación del perjuicio.

Vale la pena poner de presente que con esta postura no se niega que puede haber una relación de atribución entre el daño y los perjuicios —relación de causa y efecto—, pero se torna inconveniente desde la perspectiva jurídica no efectuar la diferenciación entre el momento de la imputación y la cuantificación. El no hacerlo equivaldría a realizar múltiples juicios de responsabilidad en torno a cada uno de los perjuicios, a efectos de determinar cuáles le son imputables al demandado y cuáles no, de modo que la argumentación del operador judicial se volvería injustificadamente compleja.

Otro aspecto que permite diferenciar el hecho exclusivo de la víctima de la mitigación del perjuicio es que por vía de aquel la exoneración de responsabilidad hará que el demandado nada tenga que reconocer como reparación, pues se entiende que el único responsable del daño es quien lo sufrió.

En contraste, al presuponerse que el dañador es responsable, la mitigación del perjuicio hace que este deba reparar, pero descontándose todo efecto negativo mitigable.

Ha de distinguirse, de igual manera, entre culpa o hecho concurrente de la víctima y la mitigación del perjuicio. En la medida en que la concurrencia también se muestra como eximente de responsabilidad, aunque sea parcial, el análisis respecto de su aplicabilidad se da en el ámbito de la imputación y, por ende, se diferencia de la mitigación del perjuicio que aparece al momento de estimar los efectos del daño. Es más, la diferenciación es palpable si se tiene en cuenta que puede suceder que, habiéndose probado la concurrencia de culpas, tenga cabida la utilización de la mitigación del perjuicio. Esto, en razón de que, una vez determinado en el juicio de atribución que el demandado es parcialmente responsable de la materialización del daño puesto que para ello también concurrió la víctima, es factible que al verificar la magnitud del perjuicio se tenga por cierto que la víctima no observó la carga mitigatoria, con lo cual se materializa la consecuencia consistente en disminuir la reparación. Resáltese que la aplicación de una y otra institución trae consigo la misma consecuencia: la disminución de la reparación; sin embargo, se trata de figuras no equiparables, usadas en momentos distintos del juicio de responsabilidad.

VI. ANÁLISIS DE CASOS DECIDIDOS POR EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

Hechas las anteriores disertaciones en relación con la mitigación del perjuicio se procede, como fue anunciando previamente, a abordar el análisis jurisprudencial respecto de la aplicación de la anotada figura.

Casos en los que el Consejo de Estado aplicó la mitigación del perjuicio cuando debía acudir al hecho exclusivo de la víctima

Muerte del agente del DAS (CE, SIII, Sentencia de 6 diciembre de 2013, rad. 29420)

En un operativo llevado a cabo para capturar a un individuo, un agente del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– murió por un disparo recibido de un supuesto delincuente. Al resolver sobre la demanda de reparación directa interpuesta por los familiares del agente, el Consejo de Estado decidió negar las pretensiones argumentando que “la acción a propio riesgo de la víctima fue determinante en la producción del daño, de allí que no [sea] susceptible de ser atribuido [al DAS]”. La sala explicó que los daños deben prevenirse antes de su producción y, en el caso, “la víctima incurrió en un incumplimiento de los estándares funcionales cuando prescindió de la adopción de medidas para evitar o mitigar el daño como la planeación, prevención y seguridad”.

De otra parte, el Consejo de Estado citó la sentencia del 16 de diciembre de 2010 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (rad. 1989-00042-01), en la que se señaló que, en materia de responsabilidad extracontractual, cada vez adquiere mayor importancia el que la víctima intente “mitigar o reducir el daño” que padece, de suerte que a esta le corresponde “desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales (...)”. Así las cosas, para efectos de exonerar al DAS, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo manifestó que la víctima debía procurar mitigar o reducir el daño acaecido y, para el caso concreto, ello no sucedió, en razón de que el afectado se expuso a un riesgo que al final produjo el daño.

Pérdida de un documento en un expediente judicial (CE, SIII, Sentencia de 14 julio de 2016, rad. 41491)

En un caso de responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el Consejo de Estado exoneró de responsabilidad a la Nación - Rama Judicial por la pérdida de un documento por medio del cual se sustituía un poder entre abogados, por considerar que, aunque efectivamente este se extravió, a decir verdad, la apoderada del demandante hubiera podido presentar nuevamente el documento para así evitar la situación dañosa. Sobre este punto, el máximo tribunal manifestó que el interesado pudo *evitar* el daño y al no hacerlo, pretendió trasladar las consecuencias de su negligencia a la demandada.

El alto tribunal concluyó que “la causa determinante del rechazo de la demanda —en el que la parte demandante edificó la generación del daño alegado— fue la contumacia de la propia abogada”, ya que, por cuenta de los requerimientos del juez, a esta le correspondía contener la ocurrencia del daño, o “mitigar sus consecuencias, pues éstas eran previsibles y, por ende, evitables”. Así, pues, luego de citar doctrina relacionada con la mitigación del daño, la sala decidió confirmar la decisión de primera instancia negatoria de las pretensiones.

Análisis crítico de los casos

Es evidente que, atendiendo el estudio probatorio que realizó el Consejo de Estado, en estos casos se configuró el hecho exclusivo de la víctima. En efecto, en el primero, el actuar del afectado a partir del cual se expuso al riesgo que desencadenó en el daño y que fue calificado como culposo, dada la inobservancia de los parámetros que se debían seguir para este tipo de operaciones, permitió *imputarle* a este el daño o, lo que es lo mismo, configuró el anotado eximente de responsabilidad. En el segundo, de aceptarse el juicio de imputación realizado por el Consejo de Estado, la realidad es que la actuación de la víctima consistente en no aportar el memorial previamente extraviado fue la *causa determinante* del daño, por lo que en este también se materializó el hecho exclusivo de la víctima.

Tal análisis descarta de plano la aplicación de la mitigación del perjuicio, puesto que, fue visto suficientemente, esta difiere del hecho exclusivo de la víctima y, dada la forma como se utilizan, las dos figuras son excluyentes. Esto, en razón de que, si se configura el hecho exclusivo de la víctima, no habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado y, por tanto, no se entrará a verificar el monto de la reparación, momento en el cual la mitigación del perjuicio tiene operabilidad. En cambio, si hay lugar a constatar si la víctima tiene la carga de mitigar, se presupone entonces que el demandado sí es responsable del daño. En suma, en los casos en análisis no resultaba ni adecuado ni necesario aludir a la mitigación del perjuicio, si se tiene en consideración que en estos se materializó el hecho exclusivo de la víctima.

Casos en los que el Consejo de Estado aplicó a la mitigación del perjuicio cuando debía acudir al hecho concurrente de la víctima

Inmovilización de un vehículo (CE, SIII, Sentencia de 10 mayo de 2017, rad. 41028)

La Fiscalía General de la Nación inmovilizó un vehículo en el marco de un proceso penal y, pasado el tiempo, lo restituyó, previa declaración de la preclusión de la investigación. El propietario demandó a dicha entidad, pues durante el lapso que se produjo la inmovilización, el vehículo entró en un proceso de deterioro que redundó en su desvalorización.

Para el Consejo de Estado, el daño le resultaba imputable al demandante, ya que a este le correspondía reclamar el vehículo una vez precluyó la investigación y se acreditó que lo hizo luego de seis años. No obstante, también le era imputable a la demandada, debido a que esta entidad tenía que contar con un registro público de los bienes inmovilizados por investigaciones, para así informar a quienes pudieran reclamarlos o, de otro modo, debía declarar la extinción de dominio si nadie reclamaba el vehículo. En el expediente no obraba prueba de que existiera el registro, motivo por el que la sala concluyó que a la entidad no le interesaba preservar la integridad del vehículo, máxime al demostrarse el estado de abandono al que lo sometió.

El Consejo de Estado indicó que la omisión de reclamo del vehículo por parte del demandante “no se acompasa con la obligación de mitigar el daño”, puesto que este tenía que acreditar que efectuó acciones tendientes a minimizar los efectos de la no restitución del bien. Después, el alto tribunal refirió a la mitigación del daño y redujo la reparación de los perjuicios materiales a la mitad, en la sección que denominó “Actualización de la condena y reducción del 50% por la concurrencia de culpas en la producción del daño”.

Allanamiento y ocupación de un inmueble (CE, SIII, Sentencia de 30 agosto de 2017, rad. 38205A)

Un propietario enfrentó el allanamiento y la ocupación de un inmueble por cuanto las autoridades competentes constataron que el arrendatario lo usaba con fines ilícitos. Transcurridos once años, después de que el proceso de extinción de dominio fuera infructuoso, el Estado le hizo entrega del inmueble al dueño en situación de deterioro. El propietario presentó demanda a fin de solicitar el reconocimiento de los perjuicios derivados de la ocupación.

El Consejo de Estado, en primer lugar, concluyó que la imposibilidad de explotar comercialmente el inmueble durante el período de ocupación y el deterioro del bien durante la medida cautelar eran catalogables como daños antijurídicos. Además, en el escenario de la imputación tuvo como acreditado que las entidades demandadas incurrieron en una falla del servicio por la desatención de las funciones legales a su cargo. No obstante, en criterio del citado tribunal, el afectado contribuyó en la producción de la lesión, pues su conducta desobligante generó la prolongación de la medida cautelar.

Posteriormente, el Consejo de Estado, invocando el principio de la buena fe, expuso que los particulares y el Estado tienen la obligación de mitigar el daño, en la medida en que este es un principio en virtud del cual “la víctima no puede pedir al demandado la reparación de un daño que razonablemente pudo haber evitado o minimizado”. Precisó la sala que la extensión en el tiempo del procedimiento de extinción de dominio y la no designación de su esposa como depositaria del bien fueron lesiones imputables al afectado, pues ello evidencia el desconocimiento de los deberes de mitigación del daño y de colaboración con la justicia. Acto seguido, el referido tribunal citó jurisprudencia relacionada con el hecho concurrente de la víctima y finalizó su motivación indicando que la responsabilidad del Estado sería graduada en un 50 %.

Incautación de un quiosco (CE, SIII, Sentencia de 14 mayo de 2018, rad. 43776A)

En un operativo de recuperación del espacio público, un alcalde incautó un quiosco de propiedad de una persona, quien, con posterioridad, requirió a la Administración para que este le fuera entregado. Sin embargo, la Administración le indicó que no obraba registro de la retención y, en esa medida, no tenía en su poder el anotado quiosco.

En sede de apelación, el Consejo de Estado reconoció como daño la pérdida del quiosco, el cual es atribuible a la entidad demandada por ser la que lo retuvo en el marco de un procedimiento arbitrario, con lo que incurrió en una falla del servicio. Después, el tribunal aludió al hecho concurrente de la víctima como fundamento de la reducción de la atribución de responsabilidad. Advirtió que el demandante no fue diligente con miras a recuperar el bien retenido y, sumado a ello, manifestó

que en virtud de la mitigación del daño a este le correspondía “minimizar los efectos negativos” por la no restitución del bien.

En consecuencia, el Consejo de Estado redujo en un 30 % el monto indemnizatorio por cuenta de “la participación directa que tuvo la víctima en el hecho dañoso”.

Falla médica (CE, SIII, Sentencia de 14 septiembre de 2017, rad. 38515)

Una mujer se practicó una ligadura de trompas en hospital público. Pasados dos días, la paciente reingresó al hospital con diagnóstico de peritonitis, razón por la que demandó a dicha entidad.

En sede de apelación, el Consejo de Estado determinó como daños “la perforación del íleon” y la cicatriz abdominal que le quedó a la paciente luego de la cirugía por la peritonitis. En lo que atañe a la imputación, la sala coligió que la entidad demandada incurrió en una falla del servicio. Vale destacar que el Tribunal Administrativo de primera instancia concluyó que en el caso concurría la culpa de la víctima y la del Estado, toda vez que la afectada no acudió de manera oportuna al hospital con el objetivo de evitar que se agravara el daño ocasionado en la cirugía. Sin embargo, siguiendo con el examen en torno a la imputación, el Consejo de Estado argumentó que, contrario al parecer del *a quo*, no era del caso graduar la responsabilidad debido a que la perjudicada se acercó oportunamente al centro médico.

Para sustentar su argumentación, el alto tribunal se refirió al concepto de mitigación del daño y al hecho concurrente de la víctima en similares términos a los expresados en el fallo del proceso con radicado 38205A descrito anteriormente.

Análisis crítico de los casos

En los tres primeros casos, el Consejo de Estado, a la par de dilucidar que los afectados no mitigaron el perjuicio, expuso que el daño le era imputable tanto al demandante como a la demandada y, por esa vía, al momento de liquidar el perjuicio señaló que el monto se reducía por *la concurrencia de culpas* en la producción del daño, en los dos primeros –rads. 38205A y 41028– y, en el tercero, por la participación directa de la víctima en el hecho dañoso –rad. 43776A–. Es así como el tribunal confundió la mitigación del perjuicio con la concurrencia de culpas, las cuales, como se ha sostenido, son figuras diferentes con efectos distintos: la primera aplicable al momento de tasar el perjuicio cuando se tiene por descontado que el demandado es responsable del daño, y la segunda aplicable en un momento previo, es decir, cuando se busca imputar el daño. Por tanto, es cuestionable desde el punto de vista jurídico que el Consejo de Estado indique, a la par de hablar de la mitigación del perjuicio, que el daño le es imputable concurrentemente a los demandantes por contribuir a su materialización al no haberlo mitigado.

En estos casos operaba la concurrencia de culpas, pues el daño, entendido como la afectación de los derechos patrimoniales sobre los bienes —el vehículo, el inmueble y el quiosco—, que se prolongó en el tiempo, fue producto del actuar del demandante y el demandado. Con base en esa figura se debieron resolver los casos, sin que fuera necesario aludir a la mitigación al perjuicio, porque con ello se alimenta la confusión conceptual y de aplicabilidad respecto de la concurrencia de culpas. Se dirá en contra de las críticas expuestas que el método del Consejo de Estado y el propuesto en este escrito llevan a lo mismo: la disminución de la reparación. No obstante, aunque ello sea cierto, también toma valor lo ya afirmado en cuanto a que no vale la pena hablar de mitigación del perjuicio cuando el caso se resuelve a partir de la concurrencia de culpas. O se le da una identidad propia a la mitigación del perjuicio desde una utilización del todo adecuada, o se omite su referenciación por ser innecesaria.

Por su parte, en el proceso con radicado 38515 —falla médica—, el Consejo de Estado utilizó de forma inadecuada la mitigación del perjuicio al referirse a esta al momento de efectuar el juicio de imputación, junto con la posibilidad de concurrencia de culpas, con lo cual, nuevamente, parece que para dicho tribunal las dos instituciones fueran sinónimas, en el entendido de que se pueden aplicar indistintamente en un caso. El asunto debió resolverse con base en la mitigación del perjuicio y prescindiendo de la concurrencia de culpas. Para esto, se debió utilizar la mitigación al momento de tasar el perjuicio; por suerte de lo cual, el análisis hubiera arrojado como resultado que el daño —la afectación en la salud por la perforación— es imputable al Estado y, después, frente a los perjuicios, se hubiera podido concluir que no había lugar a la reducción del monto de la reparación, puesto que la víctima cumplió con la carga de mitigarlos al acudir prontamente al centro hospitalario.

Caso en el que el Consejo de Estado aplicó de manera correcta la mitigación del perjuicio haciendo referencia explícita a la figura: inmueble rematado (CE, SIII, Sentencia de 1º agosto de 2016, rad. 39241)

Una persona solicitó la reparación de los perjuicios ocasionados por la nación - Rama Judicial, indicando como hechos que un juzgado civil, en un proceso ejecutivo, le adjudicó por remate un inmueble que tenía un embargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales —DIAN— por deudas tributarias del propietario original. Con posterioridad al remate del juzgado, el afectado pudo adquirir los bienes en un remate realizado por la DIAN.

En el caso, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado y reconoció de la víctima un actuar diligente a fin de aminorar las consecuencias nocivas derivadas de la actuación de la demandada. En ese sentido, la sala estimó que el accionante tenía derecho a que la demandante le reintegrara lo que erogó para mitigar el daño, es decir, lo pagado a la DIAN para ser adjudicatario en el segundo remate.

Análisis crítico del caso

En este expediente, el Consejo de Estado consideró que el daño ocasionado al demandante le era imputable a la demandada, dado que incurrió en una falla del servicio traducida en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Es de señalarse que, en el caso, los perjuicios se traducen en la afectación patrimonial derivada de la privación del derecho de propiedad sobre el inmueble adquirido en el remate realizado por el juzgado.

Vale anotar que la víctima estaba llamada razonablemente a mitigar los efectos nocivos del daño, por lo menos, presentándose al remate efectuado por la DIAN. Se considera, por consiguiente, que la mitigación del perjuicio se vio reflejada en el hecho de que el lesionado se postuló a este remate y al lograr ser adjudicatario.

De acuerdo con lo indicado, no hay reproche a la forma como el Consejo de Estado utilizó la mitigación del perjuicio, puesto que su análisis se circunscribió a establecer que la demandada debía *reembolsar* los gastos en los que incurrió el demandante para mitigar el perjuicio, es decir, asignó uno de los efectos de la figura en estudio que fueron enunciados en páginas anteriores. Nótese que se tiene por descontado que el Estado es responsable del daño causado, de manera que la mitigación del perjuicio fue aplicada al momento de tasarlo.

Casos en los que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional aplicaron la mitigación del perjuicio sin hacer referencia explícita a la figura

Privación injusta de la libertad (CE, SIII, Sentencia de 4 diciembre de 2006, rad. 13168)

En un proceso en el que se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado afirmó, a fin de calcular el lucro cesante, que este se revela como los salarios y prestaciones sociales que devengaba el perjudicado directo de la privación en el empleo que tenía al momento en que se generó el daño, por el tiempo que se mantuvo la afectación a la libertad y 35 semanas más. Estas 35 semanas, precisó, corresponden al tiempo que suele tardar una persona económicamente activa en encontrar un nuevo empleo de acuerdo con el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—.

Reparación a funcionario en provisionalidad declarado insubsistente (CC, SU - 556/14)

En la sentencia de unificación SU-556 de 2014, al revisar algunas decisiones proferidas por el contencioso administrativo, la Corte Constitucional, en sede de tutela, dictó posición de cara a la

reparación de perjuicios ligados al daño antijurídico cuya génesis es la declaratoria de nulidad del acto administrativo por el cual se retira del cargo a un funcionario en provisionalidad. Más allá de las discusiones jurídicas que rodean la situación, el análisis se centrará en describir los parámetros que fija la Corte Constitucional para reparar el perjuicio dimanante de tal situación.

El tribunal constitucional advirtió la tensión existente entre el alcance de las medidas de protección hacia quien ha sido desvinculado de un cargo en provisionalidad contrariando el orden jurídico, y la proporcionalidad de la reparación a recibir, habida consideración de las condiciones en las que este se encuentra vinculado. Reflexionó la Corte que si bien el retiro de un funcionario en provisionalidad por un acto ilegal deviene en la materialización de un daño que tiene que resarcirse, esta reparación debe ser limitada por dos factores, de los que vale destacar el segundo por su relevancia para este escrito: el daño indemnizable debe tener en cuenta la responsabilidad que tiene cada persona en aras de generar recursos para su subsistencia, sin que se admita que quien pierde su empleo omita injustificadamente las actuaciones requeridas para la autoprovisión de recursos.

De esta forma, según la Corte, la postura imperante antes de las sentencias auscultadas consistente en que la reparación del perjuicio radica en el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta cuando se da el reintegro efectivo, es decir, luego de proferida la decisión judicial que así lo ordena, resulta excesivo, por cuanto con su aplicación se presume que la persona afectada estuvo cesante durante todo ese tiempo. En contraposición a dicho parecer, en criterio del citado tribunal ha de presuponerse que el afectado tiene la *carga* de asumir su destino, con lo que la posición que ataca luce como contraria a la equidad.

A la par, para la Corte, en esos casos el daño irrogado es la pérdida del empleo a título de lucro cesante, por lo que su reparación integral depende de la evaluación de la expectativa de permanencia en el cargo, aunada a la estabilidad propia de la provisionalidad y a la carga relativa a asumir su sostenimiento. Con lo anterior, agrega, es menester, a fin de reparar el perjuicio efectivamente sufrido, descontar todo lo que la víctima haya recibido después de la desvinculación como retribución de su trabajo, sin importar si se origina en una fuente pública o privada, dependiente o independiente; y, de otro lado, en lo que refiere al periodo por indemnizar respecto al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la desvinculación, este deberá ser mínimo de seis meses, que es el término máximo de la provisionalidad, sin llegar a ser superior a 24 meses, tomando como medida los estándares internacionales y nacionales recopilados en varios estudios en los que se concluye que el desempleo de larga duración es el superior a un año.

Análisis crítico de los casos

En los casos descritos el punto de inicio es que el daño le es imputable al Estado; de ahí que el análisis orbite sobre el monto de los perjuicios. Si bien en estas decisiones judiciales no se habla particularmente de la mitigación del perjuicio, lo cierto es que su utilización luce como diáfana, en

la medida en que en las mismas se establece que la víctima tiene la *carga* de conseguir una nueva fuente de ingresos a fin de evitar que la pérdida económica derivada del daño se prolongue indefinidamente. En síntesis, es de resaltar que los altos tribunales limitaron el pago del lucro cesante por cuenta de la preexistencia de la mitigación del perjuicio.

Así pues, la Corte Constitucional se suma a la aplicación de la mitigación del perjuicio; para lo cual parte de la premisa de que el derecho de reparación de la víctima debe compaginarse con la carga de autosostenimiento que también le asiste a esta. Lo descrito, a la postre, se traduce en la imposición de límites a la mencionada prerrogativa de resarcimiento.

En la Sentencia SU-556 de 2014, el otro aspecto que da cuenta de que la mitigación del perjuicio fue empleada, es la configuración de la regla consistente en descontar de la reparación los ingresos que la víctima alcanzó luego de ser desvinculada. Ello materializa el efecto de la figura a partir del cual de la reparación se debe extraer lo efectivamente mitigado.

No cabe duda en cuanto a que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional aplicaron de manera adecuada la mitigación del perjuicio aun cuando no hayan referido a esta expresamente. Adviértase que en las situaciones estudiada en esta sección se tenía por verdadero que la responsabilidad por el daño ocasionado recaía en el Estado exclusivamente, de tal suerte que la mitigación fue aplicada al tasarse el perjuicio. Precisamente, el análisis en torno a la cuantificación del efecto nocivo es ulterior al llevado a cabo cuando se trata de establecer a quién le es imputable el daño.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expresado a lo largo de este escrito, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la mitigación del perjuicio surge como un principio y una carga en cuya virtud el afectado por un daño imputable a una autoridad pública está llamado a aminorar sus efectos nocivos y evitar su aumento, pues no hay lugar a reparar aquello que la víctima, razonablemente, estuvo en capacidad de matizar. La razonabilidad de las medidas mitigatorias debe ser auscultada con el uso del test de proporcionalidad, a fin de que se pueda determinar si estas son idóneas, necesarias y proporcionadas en estricto sentido.

Siendo ello así, los efectos de la aplicación de la figura en estudio son que: (i) en caso de que no se observe la carga de mitigar, el perjuicio proveniente de ese actuar no podrá ser reconocido; (ii) bajo su aplicación deban reembolsarse los gastos en los que incurrió la víctima en la tarea mitigatoria incluyendo los que no fueron exitosos cuando la medida sea *ex ante* razonable; y, en razón de tal figura, (iii) la víctima no pueda pretender la reparación de lo efectivamente mitigado.

Debe anotarse, del mismo modo, que la mitigación del perjuicio se diferencia del hecho exclusivo y concurrente de la víctima en que mientras que esta opera como un eximente de responsabilidad al

momento del juicio de imputación, la mitigación halla cabida al tasar el perjuicio, es decir, cuando ya se tiene por cierto que el demandado es responsable total o parcialmente del daño infringido a la víctima. Otra diferencia es que, tratándose del hecho exclusivo de la víctima, la exoneración de la responsabilidad del demandado es total, al presuponerse que el afectado es el único responsable de su daño; en tanto que la mitigación tiene por cierto que el demandado es responsable del daño, solo que la reparación no versará sobre lo mitigable. Destáquese, a su vez, que el hecho concurrente y la mitigación del perjuicio podrían incluso usarse en un mismo juicio de responsabilidad, en el supuesto en el que el demandado es responsable concurrente con la víctima, y luego se encuentra que, además, esta debía mitigar el perjuicio proveniente del daño que le era parcialmente atribuible al dañador.

Teniendo en mente lo anterior, cabe señalar que, por cuenta del análisis jurisprudencial plasmado en este escrito, subyace como hipótesis que el Consejo de Estado regularmente no ha empleado de correctamente la mitigación del perjuicio al confundirla con el hecho exclusivo o concurrente de la víctima cuando ha hecho mención expresa a aquella —rads. 29420, 41491, 41028, 38205A, 43776A y 38515—, salvo un caso en el que además de citar la institución en estudio, la usó acertadamente —rad. 39241—. De otra parte, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han usado la mitigación del perjuicio adecuadamente en los casos analizados de privación injusta de la libertad —rad. 13168— y desvinculación irregular de un funcionario en provisionalidad —SU 556/14—, respectivamente, sin hacer mención específica a la misma.

Es por lo descrito que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, resulta pertinente llamar la atención, por una parte, en torno a la necesidad de que se aplique de forma adecuada la mitigación del perjuicio, lo que excluye que sea confundida con el hecho exclusivo o concurrente de la víctima; y, por otra parte, para que, cuando se haga uso de la figura examinada, se ponga de manifiesto expresamente tal utilización, labor en la cual habrá que explicarse con suficiencia cómo funciona la misma.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2013). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Arenas Mendoza, H. A. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Benítez Caorsi, J. J. (2008). La obligación en minimizar el daño. *Legislación, jurisprudencia y doctrina*, 1, 7-19.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Cabanellas de Torres, C. (2008). *Diccionario jurídico elemental: edición actualizada por Guillermo Cabanellas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Código Civil colombiano. Ley 57 de 1887.
- Consejo de Estado. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado 13168.
- Consejo de Estado. Sentencia de 6 de diciembre de 2013, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero. Radicado 29420.
- Consejo de Estado. Sentencia de 14 de julio de 2016, C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado 41491.
- Consejo de Estado. Sentencia de 1º de agosto de 2016, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Radicado 39241.
- Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2017, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado 41028.
- Consejo de Estado. Sentencia de 30 de agosto de 2017, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado 38205A.
- Consejo de Estado. Sentencia de 14 de septiembre de 2017, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicado 38515.
- Consejo de Estado. Sentencia de 24 de mayo de 2018, C. P.: María Adriana Marín. Subsección A. Radicado 43776A.
- Corte Constitucional (2014). Sentencia SU-556, M. P.: Luis Guillermo Guerrero.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Radicado. 1989-00042-01.
- Domínguez Águila, R. (2005). Notas sobre el deber de minimizar el daño. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 79-95.
- Fuentes Guíñez, I. (2005). El deber de evitar o mitigar el daño. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 217 - 218, 223-248.
- Gamboa Mahecha, E. (2014). La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 51, 1-23.
- Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2017). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*, t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, C. I. (2013). *Los deberes de evitar y mitigar del daño*. Bogotá: Temis.
- Koteich Khatib, M. (2010). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 18, 159-204.

- López Santa María, J. (2007). *Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado*. Bogotá: Legis - Universidad del Rosario.
- Morea, A. O. (2015). *El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el ordenamiento jurídico argentino*. (Tesis doctoral). Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, Argentina.
- Mosset Iturraspe, J. (2004). *Responsabilidad por daño. Parte General*, t. I. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 20, 371-398.
- Pérez Velázquez, J. P. (2015). La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, Universitat Pompeu Fabra, 1, 1-63.
- Pizarro Wilson, C. (2013). Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño. *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, 41, 69-82.
- Presidente de la República de Colombia (1971). *Decreto 410 por el cual se expide el Código de Comercio*.
- Real Academia de la Lengua Española (2020). *Diccionario de la lengua española*.
- República de Colombia (1999). Ley 518, *Por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*.
- Rodríguez Fernández, M. (2008). Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 15, 109-142.
- Sandoval Peña, V. A. (2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, 35, 1-27.
- San Martín Neira, L. C. (2012). *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: Estudio histórico comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2013). La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática. En *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado* (pp. 129-380). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Soler Presas, A. (2009). La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, Universitat Pompeu Fabra, 2, 2-32.
- Zurita Martín, I. (2016). *Duty of mitigation*, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, Universitat Pompeu Fabra, 4, 2-33.